

# POR IVAN BAXO DE SALAZAR; ENEL PLEYTO CON MIGVEL DE AZQVE.

SVPVESTO El hecho deste pleyto, y que por la certificacion presentada, sobre cuya cantidad es, consta què Miguel de Azque voluntariamente, y sin ordẽ de Iuan Baxo pagó por el, y para extinguir su debito el vn quento ciento y veynte y ocho marauedis en cartas de pago. Iuan Baxo de Salazar pretẽde, que no està obligado a pagar en dinero la dicha cantidad, ni nunca lo estuuo, y que para ello no tiene derecho Miguel de Azque; y que assi se ha de confirmar la sentẽcia del Alcalde, en q̃ dio por nin-



guna

guna la execució,fecha por los dichos marauedis; quod probatur ex seqq.de que constarà, que Miguel de Azque no tiene accion suya propria,ni cedida para lo que menos bien pretende.

1 Lo primero,porque aunque es assi, que el que paga por otro, y le libra de la obligacion, conforme a la disposicion de la.l. solvendo 41. de negot.gest.l.solutionem,ff. de solut. tiene solo vna acciõ negotiorũ gestorum, para repetir lo que pagó, vt probatur ex dictis iuribus,& ex §.1.institut.de obligat.quæ quasi ex contractu nascuntur,vbi Minsingerius num.3.Tusch.lit.S.concl.352.Maur.Aretin.de solut.cap.25.num.8.cum duobus sequentibus Giurba decis. 91. num.1.

Para que al tal tercero,que simpliciter, y voluntariamente hizo la paga,le competa la dicha accion , y pueda repetir la del deudor por quien pagó,es precisso,y necessario que aya sido en vtilidad de el tal deudor,y para mayor comodidad suya; nam aliàs non repetit dict.l.solvendo, ibi : *Naturalis enim simul, & ciuilis ratio suadet alienam conditionem meliorem quidem etiam ignorantis, & inuiti nos facere posse,deteriorem nõ posse*.l.soluere 53.ff.de solut.ibi; *Licere etiã ignorantis inuitique meliorem conditionem facere.* Surdus de aliment. tit.8.priuileg.34.num.11.Scacia de commerc.§.2.gloss.5.num.74. ibi; *Subamplia primo, vt procedat etiam debitore inuito, & ignorante, quia naturalis , & ciuilis ratio suadet conditionem meliorem, etiam ignorantis nos facere posse.* Y en el numero 365. adonde trata de la accion que adquiere el que paga la letra de cambio , por honra de el dador, y le libra con esto del interes, y descredito, que se seguia de bolver protestada; y la razon que dà es, *quia gerit vtile negotium Titij*,que fue el que dio la letra , *& gerendo acquirit contra eum actionem negotiorum gestorum*;que son las palabras formales. Aretin. de fideiussoribus,dict.cap.25.nu.18.ibi; *Aduertendum tamen est,quod soluens sine mandato ad hoc, vt â debitore recuperare solutum possit, requiritur,quod rem vtilem pro debitore fecerit, & sic quod doceat pecuniam in vtilitatẽ creditoris versam fuisse , & pro debitore vtile negotium gessisse,aliâs non repetit.*

Y estas calidades,y requisitos,q̃ copulatiuamente se requieren, y que deuen preceder para que aya lugar la accion negotiorũ gestorum, que se ajustã tambien a la disposicion de la l. 2. del mismo tit,faltan en el hecho deste pleyto, porque es cierto, y constante, que la obligacion de Iuan Baxo de Salazar,aunque en la escriptura

suena

ſuena, q̃ era a pagar en contado, fue conuencion que auia de ſer la paga en cartas de pago; lo qual eſtà baſtantemente probado con los meſmos diputados con quien ſe hizo el concierto, y otros muchos teſtigos: ſi bien la coſtumbre tan aſſentada, que ay de que los arrendadores paguen en eſta forma, que tambien eſtà baſtantiſsimente probada, y ſe coadjuba con la certificacion preſentada por Iuan Baxo, de auer pagado en cartas de pago los valores de la renta del año de 27. y 28. era baſtante para que ſe eſtuuieſſe a ella. l. 2. C. quæ ſit longa conſuetudo, cap. cum conſuetudinis de conſuetudine.

Por cuya cauſa, y atendiendo a la dicha coſtumbre, es cierto en derecho, que aunque no huuieſſe la conuenciõ particular, ſe deuia entender auerſe tambien hecho la obligacion conforme a ella, argument. l. ſi pignor. §. ſi creditor de pignorat. action. y aſsi en caſo ſemejante, y de materia de alcaualas, refiriendo a Bart. Bald. Anchar. y otros, lo defiende, y aconſeja Philipp. Decio en el conſ. 48. num. 2. ibi; *Et primo iſte caſus non videtur habere difficultatem, præſupoſsita conſuetudine, quæ narratur.* Et ibi; *Et ſecundum iſtam conſuetudinem interpretatur, & intelligitur contractus, & conuentio facta cum Principe.*

Con que ſe cõuence, que no tiene derecho Miguel de Azque para lo que pide, porque de pagar en cartas de pago para pretender cobrar en contado del deudor, no ſe le ſigue ningũ vtil, ſino antes notable daño, y perjuyzio, aſsi por no eſtar obligado Iuan Baxo de Salazar a pagar preciſſamente en contado, que es otro requiſito de que primero auia de conſtar; nam cum quis debitoris nomine ſoluit, pro certo, & conſtanti præſuponitur, que lo que paga ha de ſer lo miſmo que el deue, y en la miſma eſpecie, vt probatur ex dictis iuribus. Menoch. conſ. 296. num. 23. como porque pagando en cartas de pago, que es genero de menor valor, y eſtimacion para cobrar en dinero; tan lexos eſtà de q̃ hagá mejor la condicion de Iuã Baxo, y le ſea vtil, que antes vendria a ſer deſtruyrlo, contra regulã textus in dict. l. ſolvẽdo in fine, ibi; *Deteriorem non poſſe*, y todos los demas derechos referidos, y la razon ciuil, y natural, de quá in dictis iuribus.

2 Lo ſegundo, porque aunque Iuan Baxo de Salazar preciſſamente eſtuuiera obligado a pagar en contado, y no huuieſſe la dicha conuencion, y coſtumbre, no tiene accion Miguel de Azque para

cobrar en dinero; porque siendo assi, que la causa, y razon final, para que aya lugar la accion negotiorum gestorum, es, que el tercero que haze la paga, mire solo a fauor del deudor, haziendo mejor su condicion, sin que pueda repetir del mas de lo que pagó, aũque lo deuiesse; en el caso presente milita totalmente la razon contraria, porque la paga de las dichas cartas de pago, fue solo por comodo del dicho Miguel de Azque, y con animo de grangear setenta y cinco por ciento, respeto de que solo valiã a veynte y cinco de pago, como està probado, y cõ animo de defraudar a Iuã Baxo de su derecho, y cobrarlo enteramente del. Por lo qual nulla actio cõtra eum competit, vt in terminis extat decissum in l. si pupillus 6. §. sed & si quis, ff. de negot. gest. que es el que contiene el verdadero hecho deste pleyto, vt denotant verba, ibi; *Sed & si quis negotia mea gesserit, non mei contemplatione, sed sui lucri causa, Labeo scribit suum eum potius, quam meum negotium gesisse, qui enim deprædandi causa accedit, suo lucro, non meo commodo studet.* Y assi el Iurisconsulto decidiò, que antes estaua obligado a la satisfació del daño, que por semejante hecho puede resultar al deudor, ibi; *Sed nihilominus, imo magis is tenebitur negotiorum gestorum actione*; y aqui aun tuuo dolo Miguel de Azque, porque sabiẽdo, y auiendo visto, que el General Pedro de Escobar Melgarejo, Alcalde mayor desta Ciudad, Diputado llauero de las Arcas, no auia querido firmar la certificacion que se dio en su vida; despues de su muerte se la dierõ a firmar a Don Martin de Zuñiga entre otras, y la firmó sin atẽder a lo que firmaua, porque si atendiera a ello no la firmara, como el mismo Don Martin lo declara, que por ser testigo que depone de hecho proprio, haze plena fee. l. quæro, ff. de edilitio edicto, Paulus in l. quicumque, C. de seruis fugitiuis, l. 2. C. vbi in rem actio.

Y si lo referido procede aun quando la obligació fuesse a pagar en contado, à fortiori, corre mayor razon auiendo sido de pagar en cartas de pago, y en su defecto en cõtado, porque para llegar al interes, siendo la obligacion primero de hecho, auia de ser requiriendo a Iuan Baxo de Salazar, que entregasse las cartas de pago, y en su defecto, que pagasse el dinero; iuxta regulam textus in l. stipulationes non diuiduntur, ff. de verb. obligat.

Y considerado que por lo menos ambas cosas erant in obligatione, q̃ no se puede negar, succedit alia regula, en fauor de Iuan Baxo de tener eleccion, quia in alternatiuis debitoris est electio. reg.

in

in alternatiuis, de reg. iur. in sext. cap. inter cæteras de rescrip. l. hæredi plures de cōdit. institut. l. is qui ducenta, §. vtrū, ff. de rebus dub. Y si se diesse lugar a lo que Miguel de Azque pretende, seria quitarle por lo menos a Iuan Baxo la eleccion de pagar en cartas de pago, aun quando no se considerasse que es cosa de tanto menos valor, y assi no se podria dezir, que hizo el negocio de Iuan Baxo, sino el suyo contra todas las reglas de derecho, y la disposicion de la ley si ita stipulatus fuero 109. conforme a la qual aun en las obligaciones alternatiuas de cantidad, solo se entiende, que el deudor està obligado a la menor, y no se le puede pedir mas, aunq̃ alternatiuamēte estè obligado a mayor, y el no elija, ibi; *Si ita stipulatus fuero decem, aut quindecim dabis? decem debentur.* Y aqui lo que pretēde Miguel de Azque es totalmente lo contrario, porque deuiēdose aun en duda entender la obligacion en lo menos, porque el derecho assiste a fauor del deudor, quiere el que sea en lo mas, locupletandose cum aliena iactura.

Y esto se haze mas euidente considerado, que aun quādo a Iuā Baxo se le huuiessen pedido las cartas de pago, y contra el huuiesse sentencia del juez de alcaualas, para que pagasse en contado, por no entregar las cartas de pago, adhuc pudiera satisfazer en ellas, como satisfizo, metiendolas en las Arcas, sin q̃ oy deua cosa alguna, por ser assi (como està probado) estilo, y costumbre que se ha tenido en la materia de alcaualas, y de su cobrança, el qual se ajusta a los terminos de derecho, y es conforme a el, y a la disposicion del texto in l. milles, §. decem, ff. de re iudicat. ibi; *At is, qui stipulatus est decem, aut noxæ dedere, non potest decem petere, quia in stipulatione singula per se veniunt, ea que singula stipulare possumus, aut iudicum solius noxæ deditionis nullum est*; cuyas palabras pruevan bien, que auiendo de auer cosa juzgada cōtra Iuan Baxo, no podia ser solo de que pagasse en dinero, sino en primer lugar en cartas de pago, teniēdo a lo mas por alternatiua la obligacion; quod etiam probatur ex l. item veniunt, §. cum prædiximus de petit. hæredit. de que resultarà la respuesta a la l. si quis stipulatus fuerit decem in melle; si bien no estamos en su caso, como en su lugar se dirà: y assi consta con euidēcia, que si aun auiendo sentencia cumpliera Iuan Baxo de Salazar con pagar en cartas de pago, no se puede dudar de que cumplio antes della con las que entregó en las Arcas, de que consta por la certificacion presentada, y que sino las huuiera entregado


cumpli-

cumpliera siempre con dar otras tales a Miguel de Azque.

Et non obstant in contrarium aducta, porque a lo primero, que el Abogado de Miguel de Azque (tan docta, y cuerdamente como siempre) opuso a la vista del pleyto de los autos de vista, y reuista, en que se confirmó el mandamiento de execucion, diziendo, que por ellos estaua ya determinado el derecho que le competia a Miguel de Azque, por auerse deduzido en el pleyto todo lo q̃ por Iuã Baxo se refiere, de que quiso induzir, que auia sucedido en el derecho de la Ciudad Miguel de Azque, y que asi no solo por accion propria suya, sino por agena conuenia a Iuan Baxo. Se satisfaze cõ q̃ los dichos autos, y cosa juzgada dellos, solo fue para hazer executiua la dicha certificacion, y que se tuuiesse por instrumento autentico, & hoc non ex dispositione iuris; porque ni ella, ni la accion negotiorum gestorum, que de su naturaleza es ordinaria cõforme a derecho, podia ser executiua, sino atendiendo solo a la costũbre, y estilo, que de poco tiempo a esta parte ha auido (si bien en tiempo del señor Diego de Arze, y otros, se determinò por derecho lo contrario) & cum consuetudo potest facere, quod instrumentum, quod non sit exequibile lo sea, saltem quo ad faciendam paratam executionem, Corelus de processibus execut. 1. p. cap. 3. n. 6. Mausonius de causis execut. lib. 1. q. 3. n. 34. & 35. quod probatur ex cap. cum dilectus 9. de fide instrument. ideó ex tali cõsuetudine, & stylo; se determinó por los dichos autos, que se diesse el mandamiento de execucion, pero no por esto se mudó en lo principal la naturaleza de la acciõ, ni se le dio nueuo derecho al dicho Miguel de Azque, ni pudo dar en perjuyzio de tercero, pues no le tenia; y asi lo sintieron los dichos autos, pues todo lo que alegò Iuan Baxo, que miraua a meritos de causa principal, y en que auia de auer conocimiento, se reseruò para los diez dias, en los quales como en su lugar, se trató de las dichas excepciones, y de las que cõsistian en hecho que se probò.

Y esto se deue entender asi precissamente cõforme a derecho, y por la misma naturaleza de los dichos autos, q̃ son de estrecho derecho, y fueron solo para determinar el articulo, vtrùm tale instrumentum sit exequibile, vel non; sin que dello se pueda inferir otra cosa alguna, ni hazer extension. l. diui, ff. de liberis agnoscend. l. si à te, ff. de except. rei iudicatæ, l. 1. C. si plures vna sentẽtia, Nat. cõs. 473. num. 5. lib. 2. ibi; *Quia sententia est stricti iuris, nec ex ea plus potest*

*teſt inferri quam verba importent.* Menoch. conſil. 110. à num. 13.

Quod comprobatur ex eleganti doctrina Bart. in l. ſi expreſſè, nu. 9. & 2. ff. de appellat. & relat. vbi docet, quod ſi iudex pronũtiat malè appellatũ, & non dixit benè iudicatũ, non dicitur confirmaſſe primam ſentẽtiam, cum ſermonis proprietate aliud ſit dicere malè appellatũ, aliud benè iudicatum; quam doctrinam ſequũtur Cardinal. Abb. & alios, quos refert, & ſequitur Menoch. d. conſ. 110. nu. 14. que eſta doctrina (a mi corto ver) baſta para comprobacion de eſte intẽto, cùm hæc duo verba malè appellatum, & benè iudicatũ videãtur eſſe connexa, & vnum aliud inferre, & nihilominus; porq̃ la ſentencia de ſu naturaleza es de eſtrecho derecho, aũque el juez ſuperior dixo, q̃ ſe apeló mal del inferior, y era viſto cõfirmar la ſentencia, porque no lo expreſſó, no ſe tuuo por cõfirmada; y aſsi mal ſe puede hazer illacion de los dichos autos, q̃ ſolo determinaron q̃ era executiua la certificacion, ex dicta conſuetudine, y es en orden a la forma del juyzio, y ſu introduccion para lo que toca a meritos de cauſa principal, cuyo conocimiẽto por los miſmos autos ſe reſeruó para los diez dias, ſin que huuieſſe otra coſa que reſeruar, ni en que pudieſſe obrar las dichas palabras.

Y eſto ſe juſtifica bien, con que aun la ſentencia en duda ſe à de entender ſiempre contra el actor, y en fauor del reo, vt reſpondit Alex. conſ. 46. nu. 2. lib. 5. Menoch. d. conſ. 110. nu. 34. & ſemper debet interpretari, vt minus noceat quam ſit poſsibile, Ruin. conſ. 29. num. 7. lib. 5. y ſe entendieſſen los dichos autos, como de cõtrario ſe pretende obraria efectos contrarios.

Y demas de que los autos ſe han de entender ſiempre cõforme a derecho, Surd. deciſ. 93. n. 26. no podian ſer de otra ſuerte, ni determinar otra coſa, que el articulo de la execucion, porque no teniendo (como no tiene) Miguel đ Azque ceſsiõ de derechos, y acciones dela Ciudad, no podia repreſentarlos, ni pedir coſa alguna en ſu nõbre por accion perſonal, ni hipotecaria, ſupueſto que es principio llano de derecho, que la accion perſonal no paſſa a ningun tercero, ſino es conceſiõ della, l. poſſeſsio quoque, §. 1. ff. de acquir. poſſeſ. & ibi Bart. nu. 1. & in l. ſi vi, vel metu, nu. 8. C. quod metus cauſa, ni la real, aunque mas facilmente paſſa q̃ la perſonal, l. Modeſtin. ff. de ſolut. l. Ariſto. 3. ff. quæ res pignori obligari non poſſunt, ibi, *non aliter ius pignoris ſuccedit, niſi conuenerit, vt ſibi eadem res obligata eſſet, neque enim in ius pignoris ſuccedere debet, quod ipſe nihil conuenit*



de

*de pignore*. Bertazol. de clauſ. clauſ. 27. gloſſ. 8 à num. 5.

Y en la materia de pagas hechas al fiſco; ita deciſſum extat in l. ſi cũ pecuniã, C. de priuileg. fiſci, vbi dicitur; quod ſolvens fiſco pro alio debitore, ſi nõ impetrauit ceſsionẽ nõ cõſequitur actionẽ fiſco cõpetentem, nec ſuccedit in eius priuilegiũ: y aſsi la gloſſa animaduertit; quod ſolũ agit contra debitorẽ, pro quo ſolvit actione negotiorũ geſtorum, quæ eſt mere perſonalis; & idem probatur in l. 1. & 2. C. de his, qui in priorum creditorum locũ ſuccedunt, vbi dicitur ceſsionẽ eſſe neceſſariã, vt ſolvens pro alio ſuccedat in ius creditoris, & gloſſ. in d. l. 1. animaduertit; quod ſi extraneus ſolvit pro alio, duo ſunt neceſſaria, primũ, quod conueniat cum eo, cui ſolvit, quod ſuccedat in ius ſuum, ſecundum, quod res ſibi ſit obligata; de que ſe ſiguẽ dos coſas. La vna, que es cierto, q̃ Miguel de Azque no ſucedio en el derecho de la Ciudad, ni le tiene, porque era neceſſario para ello ceſsion de acciones. Y la ſegunda, q̃ no teniẽdole mal pudieron los dichos autos darſele, ni induzirſe dellos por extenſiõ del articulo diſtinto, que ſe determinó ſolo mirando a la orden del juyzio, y à que el eſtilo, y cõſtumbre, ſi bien contra derecho à obrado que ſea executiuo ſemejante inſtrumento.

2 Lo ſegundo menos obſta, ni viene en conſideraciõ para eſte caſo el conſ. 444. de Pedro Surdo en el lib. 4. à n. 10. por el qual ſe quiere probar, q̃ el q̃ paga al fiſco por otro, vtitur iure ſuo, quo ad actionẽ perſonalẽ, quæ Cameræ cõpetebat, & eam exercere poteſt cõtra debitorem, pro quo ſoluit, cũ priuilegio quo Camera vtebatur, y q̃ aſsi tiene el miſmo derecho executiuo, que el fiſco tenia.

1 Lo primero, porq̃ el caſo que Surdo propone no ſe ajuſta al deſte pleyto, y antes es muy diferente, porq̃ aqui no pagó Miguel de Azque al fiſco, ſino a la Ciudad, que entonces tenia arrẽdadas de ſu Mageſtad las alcaualas, por cabeçõ, por cierto precio, la qual como dueño dellas arrendó por menor eſte ramo de las tercias a Iuã Baxo, y Miguel de Azque no pagó al fiſco, ſino a la Ciudad, q̃ aunque tenia cauſa del, es cierto que a ella no paſſaron los priuilegios fiſcales; nã priuilegium fiſco competens non tranſit ad habentes cauſam ab eo, l. licitatio, aliàs locatio. 9. §. mercatores, q̃ es el fin. ff. de publicanis, vbi Bart. nu. 1. Alberic. nu. 1. & 2. Paul. de Caſtr. nu. 2. Alex. & Iaſ. in l. ne quiſquã, ff. de edend. verſic. contrariũ iſte, nu. 4. Decius d. conſ. 48. Salicet. in l. vniuerſi. C. de vect. Barboſ. in l. poſt dotẽ, nu. 61. ff. ſolut. matr. y aſsi no teniẽdo la Ciudad derechos fiſcales,

cal es, ni hechose la paga al fisco, mal se puede entender, que procede en este pleyto la doctrina del dicho consi. pues aũ quando fuesse cierta, mal pudo tener Miguel de Azque priuilegio fiscal, no teniẽdole la Ciudad.

2 Lo segundo, aun quando estuuiessemos en caso de paga hecha al fisco, no teniendo cesion, es cierto, q̃ por el hecho de pagar por otro, no passa al que paga la accion personal, q̃ el fisco tenia, quãto mas el priuilegio fiscal; porque es principio cierto de derecho, q̃ las acciones personales, sino es con cesion no passan al singular sucessor (vt dictũ est) y el preuilegio, quod ratione personæ competit, aũ con cesion; etiamsi proueniat ex causa necessaria, no passa al q̃ paga, ex reg. tex. in l. ex pluribus 43. ff. de administrat. tutorũ, ibi; *Non enim causæ, sed personæ sucurritur, quæ meruit præcipuũ fauorem*, l. vnica, C. de priuileg. dotis.

Y siendo asi, q̃ en la especie deste texto agitur de priuilegio personali pupillis concesso, vt præferantur alijs creditoribus habentibus personales actiones, l. dabimus 4. §. fin. de priuileg. creditorũ; y que en el se trataua de cesion necessaria, ex vtraq; parte, tũc quia tutor pro alijs contutoribus ex necesitate solvit. l. 2. C. de diuidẽd. tutel. tum quia in solidum fuit condemnatus per iudicem, & sic etiã ex necesitate solidum solvit, & erat casus, in quo pupillus ex necessitate tenebatur cedere ei actiones sibi competentes aduersus alios contutores, pro quibus ille cõtutor solvit. l. Modestinus 76. de solut. & in specie, l. 1. §. nunc tractemus de tutelis, & rationibus distrahẽd. nihilominus prędictum priuilegium prælationis pupillo competẽs non transit in istũ contutorem cesionarium: quod etiam cõprobatur ex authẽtico, vt ex actione instãte dotis, post principiũ, collat. 7. vbi si actio dotis cedatur creditorib⁹, per mulierẽ, & sic ex necesitate, l. fin. ff. de separat. tamen priuilegiũ prælationis ad eos nõ transit.

Y por ser tan cierta esta doctrina, y q̃ generalmẽte los priuilegios personales no son cesibles, nec egrediuntur persona, iuxta textũ in l. Paulus de acquirend. hæred. cap. priuilegiũ de reg. iuris, & ideò nõ transit in successorem, l. quia personali, ff. soluto matr. l. vnica, C. de priuileg. dotis; y todo lo demas q̃ en fauor desto haze, q̃ el mismo Surdo refiere, y junta, dict. cons. à n. 1. vsq; ad numerũ 6. inclusiuè, fue necessario que se hiziesse por particular preuilegio fiscal la decision de la l. fin. C. de priuileg. fisci, por la qual està dispuesto, q̃ respeto de la cesiõ, q̃ el fisco haze al que le paga por otro, mediante la persona del juez q̃ cobra, passan al q̃ paga los priuilegios fiscales, quod aliàs no

no passaran, vt ex dictis iuribus probatur, & in terminis animaduertit Barb. in d. l. post dote 41. à n. 58. & n. 63. adõde resuelve, y cõcluye, que aun auiendo cessiõ de acciones, es esto especial en el fisco, vt denotant verba, ibi; *Vndè inferas, quod licet in eo, qui soluit, quod debebatur fisco requiratur, quod ei fiat cessio, vt in eum transeant iura fisci.* l. 3. C. de priuileg. fisci, iuncta glos. verbo iure, C. de his, qui in priorũ creditorum, &c. l. cum alter, C. de fideiussoribus, tamen speciale est in fisco, vt in hac translatione contineantur, etiam priuilegia personalia, dũ tamen id sit expressum in cessione, vt colligitur ex l. fin. C. de priuileg. fisci.

Y de la resolucion desta doctrina, y de que sin cessiõ no passa la acciõ personal, ni el priuilegio fiscal al singular sucessor, ni al q̃ pagó al fisco por otro, resulta la respuesta al cons. de Surdo, aun quando estuuiessemos en sus terminos, y aunq̃ lo que escriuio fue consulẽdo, y para obtener en el pleyto, porque abogaua defendiẽdo, quod soluens fisco succedit in personalem actionem, quæ Cameræ competebat, etiam sine concessione, alegò la l. 2. C. de iure reip. lib. 11. y la l. si ventri, §. fin. ff. de priuileg. creditorũ; ninguno destos derechos prueuan su intento, porq̃ demas de que el caso de la dicha l. 2. de cessione bonorũ es diferente, porque solo procede quãdo vno que tenia muchos acreedores contrató con otro, que le prestasse el dinero que deuia a vno d̃ sus acreedores, mas priuilegiado para suceder en su derecho; y con este pacto, vt denotant verba, ibi; *Qui postea quidem cõtraxerunt, vt pecunia eorum ad priores creditores perueniat.* La razõ de decidir fue por este respeto, y pacto de succedendo, que se ajusta a la disposicion de la l. 1. C. de his, qui in priorum creditorum locũ succedunt, vt animaduertit Acurs. in d. l. 1. glos. 1. ibi; *Idest sub hoc pacto, vt C. de his, qui in priorum creditorum, &c.*

Y la duda de la dicha l. 2. C. de iure reip. lib. 11. no fue vtrũ in locũ reip. succedat is, qui pro alio reip. solvit, sed vtrum reip. tacita hipoteca cõpeteret: y assi la decission fue, quod respubl. non habet tacitam hipothecã nisi speciali priuilegio, vel ex pacto; suponiendose en la especie deste texto, q̃ el auer sucedido en lugar de la republica el que pagó por otro, era por tener cessiõ de los derechos, y acciones de la misma republica, como se declara, y aduierte en la glossa in verbo proponitis, ibi, *Cessum, aliàs secus*: y esto se compueua biẽ por las disposiciones de la l. 3. y fin. C. de priuileg. fisci, q̃ la misma glossa alega, pues es infalible, q̃ si en el fisco que tiene tacita hipoteca, y prelacion se requiere que aya cession de sus derechos, y acciones, para que el q̃ le

le paga pueda suceder en su lugar, sin ellas no podia suceder en el lugar d̃ la republica el q̃ pagó por otro, pues tiene la republica menos priuilegio, y por la misma l. 2. se declaró, q̃ no tenia tacita hipoteca legal, y q̃ para ello era necessaria cõuencion, o priuilegio particular.

Y la l. si ventri, §. fin. intelligenda est de priuilegio cõpetenti ratione causæ, vel actionis, q̃ passa cũ ipsa actione, quãdo se cede, iuxta regulã. l. in omnibus causis 69. de reg. iur. nã si ratione personę competat nõ transiuit in cessionarium, iuxta regulã d. l. ex pluribus, & l. vnica. C. de priuil. dotis, & ita in terminis respondit, & dictũ §. intelligit Barbos. in d. l. post dotem, nu. 62. con q̃ se cõuence, quod dicta iura in quibus Surdus suũ intentum fundauit, non conducunt ad eum. Y no me atreuiera a refutar su autoridad, si para ello no me assistieran tantos textos, glossas, y doctrinas, como quedan referidas.

Y para esto aun me valgo de lo que el mismo Surdo alega d. cõs. nu. 10. suponiendo, que para que passen las acciones hipotecarias q̃ el fisco tiene, es necessario cession, que es en los terminos en q̃ entiende la l. 3. fin. C. de iure fisci; porque si bien estas leyes hablã de la accion personal, y en que aun es necessario expression concedida, q̃ para la hipotecaria es necessario cession, es precisso en derecho que sea aun mas necessaria para la accion personal, porq̃ mas facilmẽte passan las acciones reales, que las personales cum hæc ossibus sint affixa, Negusant. in tract. de pignor. 2. p. 3. mẽb. n. 32. & ideó in personalibus actionibus opus est cessione expressa, Bertazol. d. claus. 27. glos. 8. n. 5. ibi; *Facilius igitur transeunt iura realia, quã personalia, cum illa ossibus nõ sint affixa.* Y assi refiriẽdo a otros para mayor justificacion desta diferencia, dize, *Quod vbi possessio, & dominiũ acquiritur per procuratorem, actio personalis non nisi per cessionem,* de que tambiẽ se sigue que aqui procede el argumento, à maioritate rationis, nam sine eo, quod est facile, vel quod est minus requiritur cessio, à fortiori in eo, quod est maius, & difficilius requiri debet.

Vltimo respondetur, q̃ aũque estuuiessemos en el caso del dicho cons. y cessassen todas las doctrinas con que se refuta, y diessemos, que los preuilegios fiscales passassen a la Ciudad, y que la Ciudad tuuiesse otro priuilegio, de q̃ pudiesse passarlos a Miguel de Azque, y sin cession, quod est contra regulas iuris, adhuc no tenia derecho Miguel de Azque para lo que pretende, pues el derecho que la Ciudad tuuo fue solo para cobrar en cartas de pago, y no en dinero; & sic dictus Michael plus iuris habere non potest. reg. nemo plus, ff. de reg. iuris, y Surdo no dixo, ni le pudo passar por el pẽsamiẽto de q̃ el que

pagaua co'n menor moneda por otro, podia pedirle la mayor a que el tal deudor por quien pagaua estaua obligado, sino solo repetir lo mesmo que pagó.

Y no obstará dezir, que Miguel de Azque pagó para cobrar de Iuā Baxo, y q̄ esto obra cessión de derechos, y acciones, porque es contra todo derecho, supuesto q̄ aqui no huuo pacto de cessión de acciones, ni mas de lo que el dicho Miguel de Azque dixo, q̄ era para cobrarlo de Iuan Baxo de Salazar, cuya expressión cōforme a la l.3. de legat.1. no obró nada, porque assi se entēdia por derecho, y para cobrarlo en la misma especie, por la accion negotiorū gestorū, vt dictū est; pues donacion no se presume, l. cū de indebito de donatio.

Y aunq̄ huuiera pacto no venia a ser de momento alguno, pues este solo venia a obrar el conseruar el derecho, para q̄ se le pudiesse hazer la cessión ex interuallo, y q̄ fuesse eficaz, y assi no auiendola auido es lo mismo, quod si pactū non intervenisset. Bart. in l. Modestinus, nu.4. ibi; *Aut cessio fit ante solutionem, vel in ipsa solutione, vel incontinenti, vel ex interuallo præcedēte pacto facto, & valet cessio, vt hic, aut fit ex interuallo, non præcedente pacto non valet.*

Y en los terminos deste pleyto aun corre mayor razon, para q̄ se entiēda que solo podia tener Miguel de Azque vna acciō personal negotiorū gestorū, para pedir las mismas cartas de pago, y q̄ no tiene derecho de la Ciudad, porque es cierto, q̄ aun quando pagó, no podia pedir, ni obligar a la Ciudad a q̄ le cediesse sus derechos, y acciones, porq̄ el que paga por otro simpliciter, y no estādo el obligado, el acreedor a quiē paga no està obligado a cederle sus derechos, y acciones, l. nulla, & ibi omnes, C. de solut. & liberat. Paul. de Castr. in l. si res obligata, n.6. ff. de leg.1. Flamin. Cartar. decis. 61. n.8. & 14. Scacia de cōmerc. d. §.2. gl.5. n.88. ibi; *Tertius casus est, quando iste tertius nullum habet interesse, sic nullum habet ius in re, neq̄ est aliquo modo obligatus pro illo debito, & isto casu concludo, quod potest offerre, & soluere, quo ad effectum liberandi debitorem, & acquirendi contra eum actionem negotiorum gestorum, sed non quo ad effectum consequendi cessionem iurium, quia isto casu creditor non cogitur inuitus actiones cedere.*

Y tan lexos està de q̄ aun la Ciudad tuuiesse intento de ceder derecho, q̄ lo cierto es, q̄ aun de darle la certificacion (como està probado) no le tuuo, porque como queda assentado, se firmò por yerro: y si bien se podia aqui disputar la certeza de la doctrina de Bart. in d. l. non solū, n.35. para la diferencia que haze quando fit cessio ex necessitate ex vtraq; parte, o ex causa voluntaria; porq̄ en este segūdo

caso

caso no passa el priuilegio personal, y assi entiende el texto in d.l.fin. C.de priuil.fisci, solo en caso de cession necessaria, como lo defiéde Gayto de cred.c.4.quæst.11.à n.1669. respõdiendo a la doctrina de Barbosa, porq̃ esta disputa es muy larga, y cõtrouersa, y no auiendo aqui cession (como no la ay) cessa su questiõ, no trato de dilatarme en ella.

Y solo refiero la cõclusion de Gayto d.loco n.1712. adõde resuelue, q̃ aun en los casos en que ay cession; si el priuilegio datũ est personæ propter personã, illud in cessionariũ non transfertur, sin autem datur personæ ob causam, trãfertur in cessionariũ, adhibita Bart.distint.in l.post dotem, in qua distintione asserit, quod procedit.d.l.fin. C.de priuil.fisci, vt denotãt verba, ibi; *Concluditur itaq; pro intellectu præcitatorũ iuriũ, quod si priuilegium datum sit personæ propter personã, illud in cessionariũ non transfertur, ad textum in d.l.ex pluribus.ff.de administratione tutorum; sin autem detur personæ ob causam, tunc transfertur, ad textũ d.l.si ventri, §.eorum, ff.de priuil.creditorum. & d.l.fin. C. de priuil fisci, & consequenter prælationis priuilegiũ mulieri concessum; tãquam dotis causa datum, transfertur in cessionarium, adhibita Bart. citata distint.in d.l.si post dotem.* Y si conforme a esta doctrina, aunq̃ huuiesse cession, siendo por causa voluntaria no passaua el priuilegio fiscal, no se puede dudar, que no passó no auiendola auido, q̃ esto tambien excluye lo que Surdo dixo dict.cons.444.

3 Et non obstat textus in l.si quis stipulatus fuerit decem in melle 57.ff.de solut.por el qual se pretende, de q̃ Iuan Baxo no està en tiẽpo de pagar en cartas de pago, por auerle pedido antes el dinero, quia secundũ dispositioné illius textus contestatio litis tollit facultaté solvẽdi, circa rem adiectam ad solutioné, & circa personam, vt ex ipso textu probatur, & ibi Bart.animaduertit. Lo primero, porq̃ aun quando estuuieramos en sus terminos, y las cartas de pago fueran genero sin estimacion cierta, y de la calidad de la miel, Miguel de Azque no podia pretender dinero, supuesto que pagó en cartas de pago por Iuan Baxo, antes que la Ciudad le pidiesse cosa alguna, ni huuiesse pleyto, ni contestacion; y assi antes viene a ser este texto en fauor de Iuã Baxo, supuesto, que como queda assentado, Miguel de Azque no tiene derecho de la Ciudad, ni puede pedir mas de lo que pagó, con que Iuan Baxo quedó libre de la Ciudad.

4 Lo segũdo, porque no estamos en el caso de la dicha l.si quis stipulatus, porque su disposicion, y razon de decidir, procede solo quãdo post contractam primam obligationem de pagar en contado,

 mel

mel fuit solum adiectum ad solutionem tãtum, en genero, y sin estimació, de suerte, que al acreedor la paga del no le podia ser vtil, sino solo dañosa, quod diuersum esset, si tuuiera precio cierto, y fuesse especie determinada, vt animaduertit Bart. in dict. l. si quis stipulatus, num. 12. in fin. qui sic eam intelligit, ibi, *Ideò intellige simpliciter, prout iacet quando aliquis stipulatus fuit decem in melle, intelligitur mell adiectum ad solutionem tantum, ratio, quia non continet interesse agentis, sed magis interesse rei, quod apparet, quia mel promissum est in genere, ideò quia non est taxatum prætium mellis*; porq̃ si se tassara, y se conuiniera el quanto de cada arroba, aun no procediera la disposicion de la dicha l. vt ipse Bart. animaduertit, nu. 3. ibi; *Idem puto si esset taxata quantitas in melle, vt puta promittis mihi dare decem in melle ad rationem vnius florini pro quolibet cado, seu mensura, tunc potest mea interesse, quia venderem plus dicerem totum esse in obligatione.*

Y que la miel in genere fuisset adiectum ad solutionem tantum, probatur ex dict. l. si quis stipulatus; y de su mismo exemplo, y de la glossa prima, ibi, *Quia decem sunt in obligatione, sed mel in solutione, quod diuersum esset, si fuisset in obligatione*; y de cosa que tiene estimacion cierta, como aqui lo fue la paga de las cartas de pago, y en su defecto el pagar en dinero; nam vtrumque fuit in obligatione, & facultas soluendi durat, etiam post rem iudicatam, vt probatur ex dict. l. milies, §. decem, & ex dict. l. item veniunt, §. cum prædiximus; y esta diferencia se considera tambien en la l. si duo 128. ff. de verborum obligat. in fine; ibi; *Quia vtraque res ad obligationem ponitur, non ad solutionem.*

Y que el pagar en cartas de pago fuisset in obligatione, demas de lo referido se prueua por la disposicion de la l. nũmis de legat. 3. por la qual cõsta, quod in obligatione est, el pagar in pecunia minuta: y asi assimilandose a esto las cartas de pago, por ser cosa de menos valor, y estimacion, es cierto, quod erat in obligatione, Bart. in d. l. si quis stipulatus, n. 3. ibi; *Sed pone, quod dixi promitto tibi dare centum in pecunia minuta, quid releuat istud? certè videtur, quod nihil releuat, quia in obligatione est pecunia minuta*; y el entendimiẽto q̃ Bart. dà a esta ley si quis stipulatus, demas de su autoridad se deue seguir por lo que el mismo en el principio della refiere, diziendo, quod nũquam eam intellexit eo modo, quod tunc.

Y vltimamente se considera, que aun quando todo cessasse, y no estuuiesse en la obligacion el pagar en cartas de pago, y tambien se negasse, que por lo menos es alternatiua, adhùc no estauamos en

la

la disposicion dict.l.si quis stipulatus, porque para que aya lugar, aũ en su caso es necessario litis contestacion, y en las vias executiuas no la ay, hasta que el reo se opone, como refiriendo a Milan en la decision 20.num.30. Follero, Afflictis, y otros, lo resuelue Mario Giurba decis. 10.num.5.ibi; *Sed in executiuis à præsentatis oppositionibus lis contestatur, & ex tunc incipit instantia.*

Y aqui es hecho constante, que antes de la citacion de remate, y que Iuan Baxo se opusiera, ni la Ciudad le pidiera cosa alguna, auia el entregado en las Arcas otras tantas cartas de pago, y se mandaron rescontar las que auia entregado Miguel de Azque, y que se le bolviessen, porque auiendo el pagado en cartas de pago, lucri sui gratia, y no por comodidad de Iuan Baxo; y no pudiendo cobrar de el el dinero en contado, como queda assentado, y se prueua ex dicto §.sed &si dict.l.6. de negot. gestis, se cumple con bolverle sus mismas cartas de pago, que es a lo que justamente, y conforme a derecho atendio el juez de Alcaualas.

4 Y a lo quarto que se opone, intentando otro miedo, de que Iuan Baxo auia empeçado a pagar dos partidas, que importan poco menos de mil ducados. Se satisfaze con que por los autos, y la probãça, y lo que resulta de la misma declaracion del dicho Miguel de Azque, consta que Iuan Baxo no pagó cosa alguna, y que lo que violentamente se cobró fue de Iuan de Ypenarrieta, por las extorsiones, q̃ de hecho le hizo el Alcalde de la Iusticia, como se verifica por lo q̃ tambien depuso el vltimo testigo, presentado por Miguel de Azque.

Y a lo que vltimamente de nueuo se ha querido oponer, y probar, diziendo, que Iuan Baxo se allanó a pagar la deuda, y pidio q̃ se le esperasse. Se satisfaze con que el dicho Miguel de Azque no lo probó, porque los tres testigos que presentó no concluyen en esto, ni se les deue dar credito, porque el primer testigo, que es Diego Guerra, es interessado en la certificacion, sobre que es este pleyto, porque se comprehenden en ella las cartas de pago, otorgadas, y despachadas a su nombre, de que cõsta por la certificacion presentada, y no concluyen en caso cierto, y dize que oyò. Y el segundo testigo es Domingo de Leagui, que solicita esta causa, y antes dize, que no quedaron concertados. Y el tercero testigo es Diego Lopez de Balmaseda, y depone de otro caso, que es singular, y en que tãpoco dize cosa alguna, y es intimo amigo de la parte contraria, y q̃ solicita tambien esta causa; y assi el dicho Miguel de Azque dixo

por

por el en otro pleyto, de que consta por este testimonio, que està presentado. Y el vltimo testigo, que es el quarto, no dize cosa alguna en razon de concierto.

Y la dicha probança se excluye aun mas cõ la que ha hecho Iuã Baxo con testigos mayores de toda excepcion, que cõtestan, y deponen, como avrà cinco meses que pidiendole el dicho Miguel de Azque, y algunas personas por el, que le pagasse la certificacion, y q̃ le esperaria no lo quiso hazer, y siempre respondio, que el no estaua obligado a mas que pagar en cartas de pago.

Y quando estuuiessemos en concurso de probanças, y aun en caso dudoso se deue estar a la del reo, y aqui procede con mayor razon, considerado que los tres testigos de Miguel de Azque dizen, que avrà año, y medio, que passò lo que refieren. Y los de Iuan Baxo deponen, que lo que passó, y articuló Iuan Baxo, fue de cinco meses a esta parte, y no es verosimil, ni cabe en el entendimiento humano, que si huuiera pedido Iuan Baxo año, y medio ha a Miguel de Azque q̃ le esperasse, y q̃ le pagaria, auia aora cinco meses el dicho Miguel de Azque de embiar a rogar a Iuã Baxo, que le pagasse, y que el le esperaria; pues si tuuiera de esto concierto en su fauor, solo tratara de su execucion. Y todo cessa con que esta conuenciõ que se ha querido suponer, mira a vn derecho ordinario, que ni le tiene Miguel de Azque, ni le ha intentado, ni puede introduzir en vna via executiua, pues de la misma suerte que no se admiten excepciones fuera della, tampoco ha lugar de admitirse accion diferente, intentada de nueuo por el actor, que de su naturaleza es ordinaria, y que requiere largo conocimiento de causa. Ex quibus manifesté patet, que Iuan Baxo de Salazar tiene justicia, para que se confirme la dicha sentencia, en que se dio por ninguna la execucion por los dichos marauedis, que pretende el dicho Miguel de Azque. SALVO, &c.

*El Doctor Aluaro Gil.*